



PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI AGRIGENTO

proc. pen. n. 624/2009 mod. 21-*bis*

*Al Giudice di pace
di Agrigento*

Il pubblico ministero,
visti gli atti del procedimento sopra indicato a carico di W. . . .
M. . . . + 20, imputati del reato di cui all'art. 10-*bis* del decreto
legislativo n. 286/1998, introdotto dall'art. 1 comma 16 della legge n.
94/2009;

osserva

1. La norma penale di cui all'art. 10-*bis* del decreto legislativo n.
286/1998, introdotta dall'art. 1 comma 16 della legge n. 94/2009, presenta
dubbi di costituzionalità sotto molteplici profili.

La disposizione in questione introduce un nuovo reato proprio dello
straniero, la cui condotta consiste nel far ingresso o nel trattenersi nel
territorio dello Stato in violazione delle norme contenute nello stesso
decreto legislativo e nell'art. 1 della legge n. 68/2007. Si tratta di una
contravvenzione punita con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, per la
quale è stata espressamente esclusa la possibilità di estinzione del reato per
oblazione.

La scelta legislativa ha comportato la criminalizzazione di una
condizione (*rectius* di uno *status*, in cui, peraltro, versano moltissime
persone) che fino alla data di entrata in vigore della novella era di
competenza esclusiva dell'autorità amministrativa. A partire da tale data,
invece, tutti gli stranieri che varcano i confini italiani senza rispettare le
norme in materia di ingresso nello Stato, nonché tutti gli stranieri che sono
presenti sul territorio nazionale senza essere autorizzati alla permanenza,
non saranno più soltanto destinatari di provvedimenti (amministrativi) di
espulsione o di respingimento, ma saranno altresì denunciati per la nuova
ipotesi contravvenzionale.

2. L'introduzione della nuova fattispecie di reato impone, in primo
luogo, di soffermarsi su due fondamentali questioni:

- se le condotte criminose previste dalla norma censurata comportino una lesione, anche nella sola forma della messa in pericolo, di un bene giuridico costituzionalmente rilevante;

- in caso positivo, se tale bene non possa essere adeguatamente salvaguardato, come peraltro era accaduto fino all'entrata in vigore della novella, con strumenti diversi dalla sanzione penale.

Dalla soluzione di tali questioni dipende il rispetto da parte della norma in esame dei principi costituzionali di materialità ed offensività del diritto penale, nonché di quelli di proporzionalità, ragionevolezza ed uguaglianza, ricavabili dagli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, dai quali deriva che il ricorso alla sanzione penale nel nostro ordinamento si ammette esclusivamente per la protezione di beni giuridici di rilievo costituzionale e solo come *extrema ratio*, quando cioè lo scopo protettivo non possa essere raggiunto attraverso altri strumenti dell'ordinamento giuridico¹.

3. Per quanto concerne la prima questione, si può dubitare che le condotte incriminate, già astrattamente considerate, siano offensive di un bene giuridico, risultando piuttosto formulate in chiave di mera disobbedienza delle norme che regolano il controllo dei flussi migratori.

A tal riguardo, va osservato che il principio di necessaria offensività del diritto penale costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore: non è consentito, infatti, che, per finalità di mera deterrenza, siano introdotte sanzioni che non si ricollegano a fatti colpevoli ma, piuttosto, a modi d'essere ovvero ad una mera disobbedienza priva di disvalore (anche potenziale) per un determinato bene giuridico protetto².

In particolare, si ritiene che le condotte di nuova incriminazione non siano lesive del bene della sicurezza pubblica, in quanto, anche sulla scorta delle considerazioni contenute nelle sentenze della Corte costituzionale n. 22/2007 e n. 78/2007, il mancato rispetto delle norme sull'ingresso o sulla permanenza nel territorio dello Stato non può essere ritenuto di per sé quale indice di pericolosità sociale³.

¹ La validità di tali principi rimane integra, peraltro, anche nel caso, come quello in esame, di pena pecuniaria, dal momento che anche quest'ultima incide su beni di rilevanza costituzionale, quali il patrimonio e la dignità sociale del condannato, ed in ogni caso può essere convertita in misure limitative della libertà personale (libertà controllata) nelle ipotesi di insolubilità del reo.

² Cfr. Corte cost. n. 364/1988, n. 58/1995, n. 360/1995, n. 263/2000 e n. 354/2002.

³ A tal proposito, si richiamano le dichiarazioni del Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti degli immigrati, il quale ha raccomandato che le «violazioni delle leggi e dei regolamenti sull'immigrazione non dovrebbero essere considerate come reati penali secondo la legislazione nazionale», sottolineando che «gli immigrati irregolari non sono di per sé criminali e non dovrebbero essere trattati come tali» (tratto dal Report of the UN Special Rapporteur human rights of migrants, Ms Gabriela Rodriguez Pizarro, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30.12.2002, paragrafi 73-74. Si veda anche il Report of the UN Special Rapporteur human rights of migrants, Jorge Bustamante, UN Doc. A/HRC/7/12, 25.2.2008, paragrafi 50 e 60).

Segnatamente, con la pronuncia n. 22/2007, il giudice delle leggi ha ritenuto il reato di cui all'art. 14 comma 5-ter del decreto legislativo n. 286/1998 (inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore) come una «fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili». Conseguentemente, deve ritenersi che, a maggior ragione, una presunzione di pericolosità non possa affatto ricorrere per i soggetti responsabili della condotta tipica di nuova incriminazione, ai quali peraltro non sarebbe ascrivibile nemmeno la mancata osservanza di un provvedimento amministrativo.

Inoltre, la sentenza n. 78/2007 ha sottolineato che «il mancato possesso di titolo abilitativo alla permanenza nello Stato» è un indice «che di per sé non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale».

In sintesi – come è stato autorevolmente osservato – «l'ingresso o la presenza illegale del singolo straniero dunque non rappresentano, di per sé, fatti lesivi di beni meritevoli di tutela penale, ma sono l'espressione di una condizione individuale, la condizione di migrante: la relativa incriminazione, pertanto, assume un connotato discriminatorio *ratione subjecti* contrastante non solo con il principio di eguaglianza, ma con la fondamentale garanzia costituzionale in materia penale, in base alla quale si può essere puniti solo per fatti materiali»⁴.

4. Ancora più evidente è la violazione, da parte della norma impugnata, dei principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità, se si considera che la sanzione penale è ben lungi dall'essere l'unico ed estremo strumento a cui il legislatore potesse far ricorso, come si desume dal fatto che la norma sia stata, al contrario, congegnata in modo tale da determinare una perfetta coincidenza del rimedio penale con il rimedio amministrativo.

A tal proposito, si rileva che la sanzione penale di cui all'art. 10-bis in esame è caratterizzata da un carattere cedevole che, oltre a comprovare l'assoluta inconsistenza della lesione al bene giuridico che si assume di voler tutelare, ne rivela la superfluità. Si considerino, in tal senso, le seguenti norme:

i) il nuovo art. 10-bis comma 2 stabilisce che la pena prevista non si applichi allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento *ex* art. 10 comma 1 del decreto legislativo n. 286/1998;

ii) il nuovo art. 10-bis comma 5 prevede la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere nei confronti dello straniero che, nelle more del

⁴ Così l'appello di giuristi contro l'introduzione dei reati di ingresso e soggiorno illegale dei migranti del 25.6.2009, pubblicato in <http://www.giuristidemocratici.it/post/20090625115421/post.html>.

giudizio penale per il reato in questione, venga espulso o respinto *ex art. 10* comma 2 del decreto legislativo n. 286/1998;

iii) il nuovo art. 16 comma 1, insieme al nuovo art. 62-*bis* del decreto legislativo n. 274/2000, consente al giudice di applicare in luogo della pena pecuniaria la sanzione sostitutiva dell'espulsione che, in ogni caso, deve essere già disposta in via amministrativa.

Orbene, intuitive ragioni di logica inducono a dubitare della ragionevolezza e della legittimità costituzionale di un reato:

i) la cui configurabilità o la cui punibilità (a seconda che si qualifichi la disposizione di cui al comma 2 quale elemento negativo del fatto o quale causa di non punibilità) vengono meno in caso di emissione di un provvedimento di respingimento alla frontiera;

ii) per il quale il giudice è obbligato a "prendere atto" dell'avvenuta espulsione amministrativa (o del respingimento *ex art. 10* comma 2) dell'imputato che sta giudicando⁵ e limitarsi ad emettere una pronuncia di non luogo a procedere;

iii) il cui accertamento può concludersi semplicemente con l'irrogazione di un provvedimento (avente natura di sanzione sostitutiva) di espulsione che in nulla differisce e che, anzi, in tutto si sovrappone al provvedimento (amministrativo) di espulsione che, peraltro, deve essere obbligatoriamente emesso;

iv) che prevede una pena priva di effettività, di funzione deterrente⁶ e di efficacia rieducativa, dal momento che – come può agevolmente prevedersi – la pressoché totalità degli stranieri irregolari condannati risulterà insolubile, così determinando, altresì, una irragionevole proliferazione di procedimenti penali la cui gestione da parte del sistema giudiziario si profila alquanto defatigatoria⁷.

Dalle considerazioni finora esposte si evince che la fattispecie di reato in questione è stata congegnata in modo tale che il suo accertamento e l'irrogazione della pena diventino casi eccezionali. Ciò denota:

⁵ Peraltro, non rientra tra i suoi poteri, stante il disposto di cui all'art. 10-bis comma 4, il rilascio di un nulla osta in tal senso.

⁶ In tal senso si veda il parere espresso dal C.S.M. sul d.d.l. n. 733 del 3.6.2008: «in effetti il primo risultato perseguito da qualsiasi fattispecie incriminatrice è l'effetto deterrente che ne può derivare, e in tal senso una contravvenzione punita con pena pecuniaria non appare prevedibilmente efficace per chi è spinto ad emigrare da condizioni disperate o comunque difficili (né il presunto disvalore di tale condotta è tale da ammettere, anche in astratto, maggiori rigori sanzionatori)».

⁷ Così il citato parere del C.S.M.: «l'amministrazione della giustizia verrebbe ad essere gravata da pesanti ripercussioni negative sull'attività non solo del giudice di pace (gravato di centinaia di migliaia di nuovi processi, tale da determinare la totale paralisi di molti uffici), ma anche degli uffici giudiziari ordinari impegnati nel processo in primo grado e nelle fasi di impugnazione successive (nei limiti della speciale procedura prevista per il giudizio dinanzi al giudice di pace), dovendo oltretutto far fronte anche ai nuovi e più impegnativi incombenzi derivanti dall'applicazione di una nuova procedura accelerata ... che prevede la presentazione immediata dell'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace».

- l'inoffensività da parte della condotta incriminata nei confronti dei beni giuridici di rilievo costituzionale;

- la piena corrispondenza della sfera applicativa della nuova figura di reato con l'area dei casi per i quali era già (e continua ad essere) prevista l'espulsione amministrativa;

- il carattere tutt'altro che necessario ed anzi assolutamente superfluo della sanzione penale, testimoniato dalla chiara volontà legislativa di privilegiare risultati (l'espulsione dello straniero) ottenibili attraverso l'uso di strumenti amministrativi già pienamente operativi prima della riforma⁸.

In conclusione, la norma censurata è irrazionale tanto nella dimensione finalistica di tutela di beni costituzionalmente rilevanti, che costituisce il criterio guida attraverso il quale esercitare prima e controllare poi le opzioni di politica criminale, quanto nella scelta di ricorrere allo strumento penale, sia sostanziale che processuale, senza che si versi in un caso di stretta necessità.

5. Dubbi di costituzionalità discendono anche dalla norma introdotta all'art. 10-*bis* comma 5, che prevede la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per il reato in esame nel caso in cui l'autore dell'azione criminosa sia espulso o respinto *ex art.* 10, comma 2, del decreto legislativo n. 286/1998.

Sotto tale profilo deve rilevarsi come tale previsione finisca col generare una disparità di trattamento priva di ragionevole giustificazione e, pertanto, lesiva dell'art. 3 della Costituzione.

Poiché, infatti, l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e di respingimento è rimessa alla discrezionalità (ed alla disponibilità di mezzi) dell'autorità amministrativa, senza che nessun rilievo ricoprano a tal fine la volontà e le azioni dello straniero, l'accertamento giurisdizionale di condotte identiche potrà produrre effetti diversi (sentenza di condanna o di non luogo a procedere) a causa di circostanze assolutamente estranee alla sfera di intervento degli imputati.

Per tale ragione, la norma impugnata collide con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, in quanto impone l'applicazione della sanzione penale nei confronti di un soggetto la cui condotta in nulla si discosta da quella di un altro soggetto, il quale, tuttavia, per il verificarsi di condizioni che prescindono dalla sua volontà e dalla sua azione (l'esecuzione del provvedimento di espulsione o

⁸ Così si è espresso il C.S.M. nel parere citato: «né la novità legislativa appare idonea a conseguire l'intento di evitare la circolazione nel nostro Paese di stranieri entrativi irregolarmente, poiché la normativa vigente, in base al combinato disposto degli artt. 13 e 14 del decreto legislativo n. 286/1998, consente alle autorità amministrative competenti di disporre l'immediata espulsione (a cui ostano, in concreto, non già carenze normative ma difficoltà di carattere amministrativo ed organizzativo)».

di respingimento nei suoi confronti) e, comunque, in assenza di una valida ragione che giustifichi la disparità di trattamento, deve essere prosciolto.

Né si può ritenere che il contrasto appena denunciato possa risolversi attraverso l'eliminazione delle norme favorevoli al reo, in quanto ciò si tradurrebbe in un'inammissibile censura costituzionale in *malam partem*⁹.

Peraltro, come già visto, la previsione della norma di cui all'art. 10-*bis* comma 5 scopre il velo sull'effettiva *voluntas legis*, che appare quella di favorire le espulsioni di stranieri "irregolari"¹⁰, con l'inammissibile conseguenza che la sanzione penale sia utilizzata per sopperire ad una (presunta) inefficacia dell'azione amministrativa.

6. Determina un'irragionevole disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 della Costituzione, anche la mancata attribuzione di rilevanza, in seno alla nuova fattispecie criminosa, ad eventuali "giustificati motivi" che potrebbero aver determinato le condotte punite, come è invece espressamente previsto nell'analoga ipotesi delittuosa di cui all'art. 14 comma 5-*ter* del decreto legislativo n. 286/1998.

Sul punto, vanno richiamate le affermazioni del Presidente della Repubblica, contenute nella lettera inviata al Presidente del Consiglio dei ministri ed ai Presidenti delle Camere in data 15.7.2009: «suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattenimento indebito non prevede l'esimente della permanenza determinata da "giustificato motivo". La Corte costituzionale (sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007) ha sottolineato il rilievo che la esimente può avere ai fini della "tenuta costituzionale" di disposizioni del genere di quella introdotta».

7. Infine, si dubita della legittimità costituzionale della norma impugnata rispetto all'art. 117 della Costituzione, con riferimento agli

⁹ Cfr. Corte cost. n. 508/2000 che ha stabilito che «sebbene, in generale, il ripristino dell'uguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati, [...] in sede di controllo di costituzionalità di norme penali si dà solo la prima possibilità. Alla seconda, osta infatti la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene (art. 25, secondo comma), a cui consegue l'esclusione delle sentenze di incostituzionalità aventi valenze additive».

¹⁰ In tal senso si veda il citato parere del C.S.M.: «La nuova fattispecie è corredata da previsioni accessorie (espressa previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, effetto estintivo del reato dell'avvenuto allontanamento dello straniero, possibilità di procedere ad espulsione amministrativa anche in assenza di nulla osta della autorità giudiziaria procedente) che ne rendono evidente la finalità strumentale all'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello Stato». Anche l'International Commission of Jurists, a pag. 5 delle sue "Osservazioni della Commissione Internazionale di Giuristi sui disegni di legge n. C.2180 e C.2232 presso la Camera dei deputati", pubblicate su www.icj.org, ha affermato che «una lettura sistematica del nuovo reato combinata con il Testo Unico sull'Immigrazione suggerisce che l'introduzione di tale reato sia concepita primariamente non come un reato ordinario di diritto penale, ma come un meccanismo per accelerare l'espulsione di stranieri irregolari. A questo riguardo, l'ICJ è preoccupata che l'applicazione del nuovo d.d.l., nel contesto della legislazione italiana esistente sull'immigrazione, rischi di risultare in violazione del principio di *non-refoulement*».

obblighi internazionali assunti dall'Italia in materia di trattamento dei migranti.

Infatti, da tale norma costituzionale discende «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, che realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, della Costituzione»¹¹.

Sotto questo profilo risulta necessario esaminare la legittimità costituzionale delle norme impugnate attraverso il loro confronto con norme contenute negli accordi internazionali stipulati dall'Italia.

A tal proposito, viene in rilievo, in particolare, il "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti", sottoscritto nel corso della conferenza di Palermo (12-15 dicembre 2000).

In particolare, l'art. 6 del Protocollo prevede che «ogni Stato Parte adotta misure legislative... per conferire il carattere di reato ai sensi del suo diritto interno...» ad alcune condotte (traffico di migranti, fabbricazione di falsi documenti di viaggio, fatto di permettere ad una persona che non è cittadina o residente permanente di rimanere nello Stato interessato senza soddisfare i requisiti necessari per permanere legalmente nello Stato, ecc.), mentre l'art. 5 stabilisce che «i migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'art. 6» e l'art. 16 obbliga gli Stati contraenti a prendere «misure adeguate, comprese quelle di carattere legislativo se necessario, per preservare e tutelare i diritti delle persone che sono state oggetto delle condotte di cui all'art. 6», nonché a fornire «un'assistenza adeguata ai migranti la cui vita, o incolumità, è in pericolo dal fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'art. 6».

Si ritiene che la norma impugnata, comportando l'incriminazione di persone che si trovano in una condizione in relazione alla quale si è assunto l'impegno di assisterle e proteggerle, versi in una condizione di insanabile contraddizione nei confronti delle disposizioni appena enunciate.

¹¹ Cfr. Corte cost. n. 349/2007.

Per questi motivi

chiede

che il Giudice di pace di Agrigento, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, sollevi questione di legittimità costituzionale degli artt. 10-*bis* e 16 comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 286/1998 e 62-*bis* del decreto legislativo n. 274/2000, introdotti dall'art. 1 commi 16 e 17 della legge n. 94/2009, per contrasto con gli artt. 3, 25, 27 e 117 della Costituzione, ordinando la sospensione del giudizio in corso e rimettendo gli atti alla Corte costituzionale per il relativo giudizio di legittimità.

Agrigento, 22 settembre 2009

Il Procuratore della Repubblica
(dott. Renato Di Natale)

Il Procuratore della Repubblica Aggiunto
(dott. Ignazio Fonzo)

Il Vice Procuratore Onorario
(dott. Francesco Battaglia)

22 2009
UFFICIO DEL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
AGGIUNTO
UFFICIO DEL VICE PROCURATORE ONORARIO
AGGIUNTO